

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **L'introuvable interface entre exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection**

Dusollier, Séverine

*Published in:*  
Communication Commerce Electronique

*Publication date:*  
2006

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*  
Dusollier, S 2006, 'L'introuvable interface entre exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection', *Communication Commerce Electronique*, VOL. 11, p. 21-24.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## 29 L'introuvable interface entre exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection

par Séverine DUSOLLIER,  
professeur à l'université de Namur (Belgique)

**Exceptions et mesures techniques de protection du droit d'auteur n'ont jamais fait bon ménage. Le législateur européen a tenté une première conciliation mais a laissé le soin aux États membres de concrétiser les détails de cette médiation. Il n'est donc pas surprenant que les solutions trouvées, si elles diffèrent toutes d'un pays à l'autre, se rejoignent sur un point, celui de leur complexité. Les nouvelles dispositions du Code de la propriété intellectuelle (CPI) en la matière ne dérogent pas à cette constatation, n'ayant pu trouver dans l'étroit espace que lui accordait la directive, une solution idéale et globale. L'Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT) inaugure toutefois en droit d'auteur une politique de préservation des exceptions qui leur confère une valeur positive inédite.**

1 - Dans le parcours mouvementé de la transposition française de la directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information (ou DADVSI, comme le législateur français en vint à la nommer), la protection légale des mesures techniques, mais surtout celle du rapport entre contrôle technique et exceptions légales au droit d'auteur, a occupé une place importante, même si la technicité de la question n'a pas entraîné la même couverture médiatique que celle de la (fameuse) licence légale en matière de *peer-to-peer*.

Est-il encore besoin de rappeler les termes du problème ? Un dispositif technique, dans la mesure où il entrave la réalisation d'un acte de reproduction ou de communication d'une œuvre, quel qu'en soit le contexte, ne peut dissocier entre les actes interdits par la loi et le titulaire des droits et ceux qui pourraient être autorisés par le truchement d'une exception légale aux droits de l'auteur. Et puisque la contrainte que la technique exerce sur l'utilisation de l'œuvre opère *ex ante*, empêchant la liberté dont devrait disposer l'utilisateur en vertu de l'exception de se déployer, la préservation de cette liberté nécessite l'adoption de mesures régulatrices. C'est ce qui explique l'invention de l'article 6, 4 de la directive européenne qui impose la prise en compte de certaines exceptions et le repli consécutif (quoique relatif) des dispositifs sécuritaires qui enserment les œuvres. Les exceptions y gagnent en importance devenant des valeurs donnant lieu, selon les pays, à des actions judiciaires ou administratives.

2 - Une deuxième question se pose également : peut-on légitimement contourner une mesure technique apposée sur une œuvre afin de bénéficier d'une exception légale ? Peut-on mettre en circulation des dispositifs de contournement dans le seul but de permettre aux utilisateurs de jouir de leur liberté ? À ce stade c'est entre l'exception au droit d'auteur et la protection légale des mesures techniques contre le contournement, généralement qualifiée de troisième couche de protection du droit d'auteur, que se joue le conflit.

### LES EXCEPTIONS FACE AUX MESURES TECHNIQUES

#### A. - La primauté des mesures techniques ou des exceptions ?

3 - En dépit de relatives incertitudes et contradictions, la directive DADVSI autorise les titulaires de droits à déployer des mesures techniques qui empêchent le bénéfice des exceptions, sous la seule réserve de la solution (limitée) de sauvegarde de certaines exceptions prévue à l'article 6, 4 de la directive. Les mesures techniques priment donc sans vergogne sur les limitations que la loi impose aux droits exclusifs.

Il en va de même de la loi française qui ne paraît accorder aux exceptions qu'un rôle secondaire face aux mesures techniques, ne les laissant revenir au premier plan que dans le cadre de la médiation confiée à l'Autorité de régulation des mesures techniques nouvellement créée.

4 - Il ne faut en effet pas se méprendre sur le sens de l'article L. 331-5, alinéa 6, qui dispose que « les mesures techniques ne peuvent s'opposer au libre usage de l'œuvre ou de l'objet protégé dans les limites des droits prévus par le présent code, ainsi que de ceux accordés par le détenteur de droits (...) ». Dans les replis de cette formule énigmatique de « libre usage de l'œuvre dans les limites des droits », la tentation est grande de vouloir y retrouver une possible prééminence des exceptions sur les mesures techniques, ces dernières ne pouvant pas « s'opposer » à la libre utilisation que permet la loi dans le cadre des exceptions. Las ! Une telle interprétation n'est pas de mise car les motifs de l'amendement à l'origine du texte<sup>1</sup>, expliquent clairement qu'il ne s'agit en réalité que de veiller à ce que la présence de dispositifs de protection n'obère pas la lisibilité des œuvres, ce que le législateur européen désignait par le terme de *playability*. « Libre usage » désigne ici une utilisation normale des œuvres par leur acquéreur. Nous y reviendrons.

#### B. - Les mesures permettant le bénéfice de certaines exceptions

##### 1° Le système général de sauvegarde des exceptions

5 - L'on sait que la directive prévoit, dans son article 6, 4, une solution de conciliation au conflit entre mesures techniques et exceptions, qui se joue en deux étapes. La première compte sur l'intervention volontaire des titulaires de droits, encouragés à adopter des mesures permettant le libre exercice de certaines exceptions. Ce n'est qu'en cas de carence de cette régulation privée que le législateur européen requiert une intercession des États membres devant, à titre subsidiaire, mettre en œuvre les solutions garantissant la préservation de certaines exceptions.

S'agissant de l'intervention des États, remède à l'inaction possible des titulaires de droits, deux voies ont généralement été développées lors du processus de transposition de la directive. Certains ont confié aux cours et tribunaux ordinaires le soin d'accueillir les plaintes des utilisateurs ou de leurs représentants et d'enjoindre aux titulaires de droits de faire cesser l'entrave aux exceptions<sup>2</sup>. D'autres ont délégué cette tâche à un organisme administratif soit existant, soit spécialement créé dans ce but. La France se situe dans le deuxième camp. L'Autorité de régulation des mesures techniques, autorité administrative indépendante instituée par la loi DADVSI, sera chargée de trancher les conflits entre mesures techniques et exceptions, ainsi que de veiller à l'obligation d'interopérabilité que la nouvelle loi impose aux systèmes de protection des droits.

6 - Conformément au souhait du texte européen, l'autorité administrative n'intervient toutefois qu'en deuxième ligne en cas de défaillance des titulaires de droits à prendre en compte les exceptions lors du déploiement des dispositifs de sécurité. L'article L. 331-9 du CPI entoure cette obligation (implicite mais certaine) de précisions bienvenues : il y est en effet précisé que les

1. V. AN, amendement n° 233 (3<sup>e</sup> rect.), présenté par M. Le Fur, Lecoq, Cazenave, M<sup>me</sup> Marland-Militello et M. Carayon, 20 déc. 2005.

2. C'est le cas notamment de la Belgique.

ayants droit devront prendre les « dispositions utiles » pour que la mise en œuvre de tels systèmes ne prive pas les bénéficiaires des exceptions de leur « bénéfice effectif ». « Utilité » des mesures mises en place par les titulaires de droits et « effectivité » des libertés d'utilisation qu'elles garantiront aux utilisateurs sont deux critères qui précisent opportunément les mesures volontaires émanant des titulaires de droits, mesures sur lesquelles la directive restait fort silencieuse<sup>3</sup>. Le même article ajoute que les mesures devraient être prises en concertation avec les associations de consommateurs et autres bénéficiaires des exceptions concernées. Les dispositifs techniques apposés sur les œuvres peuvent notamment avoir pour effet, non pas d'interdire complètement la reproduction de celles-ci, mais d'en limiter le nombre de copies. La loi précise que cette détermination d'un certain nombre admissible de copie est légitime pour autant que le bénéfice des exceptions reste effectif.

## 2° Les exceptions concernées par le régime de sauvegarde et les conditions du privilège

7 - Cette solution de sauvegarde des exceptions ne concerne toutefois, à l'instar de ce que prévoyait la directive, que les exceptions relatives à l'illustration à des fins d'enseignement<sup>4</sup>, à la reproduction ou représentation d'une œuvre au bénéfice de personnes affectées d'un handicap, à la conservation de l'œuvre par des bibliothèques, musées ou services d'archives<sup>5</sup>. Le législateur français a également levé l'option qui lui était offerte par la directive afin d'étendre ce régime de faveur à la copie à des fins d'usage privé. Tant les exceptions relatives au droit d'auteur, que celles relatives aux droits voisins et au droit *sui generis* sur les bases de données, sont mentionnées.

8 - L'article 6, 4 de la directive européenne n'ouvrait le bénéfice des mesures de préservation des exceptions qu'aux utilisateurs disposant d'un accès licite à l'œuvre, ce qu'il fallait comprendre comme réduisant le bénéfice des exceptions aux acquéreurs légitimes de l'œuvre techniquement protégée<sup>6</sup>. Curieusement, le législateur français ne fait pas de cet accès licite une condition à la primauté des exceptions concernées sur les mesures techniques mais autorise que les dispositions prises par les ayants droit imposent cette condition d'accès licite. Ce point a été soumis au Conseil constitutionnel au motif de l'incertitude qui en résulterait pour le bénéficiaire des exceptions. Le Conseil a balayé cette objection par un argument pour le moins douteux. Parce que la disposition de l'article L. 331-9 susvisée dispose que cette subordination du bénéfice des exceptions à un accès licite pourra se réaliser « dans la mesure où la technique le permet », le Conseil constitutionnel en conclut que la légalité de l'accès sera déterminée par les conditions techniques de l'accès<sup>7</sup>. Une formulation *a priori* fort anodine qui confirme toutefois sans ambages que le bénéfice des exceptions dépendra en définitive des titulaires de droits, par le truchement de cette condition d'accès dont la licéité sera techniquement (et non plus légalement) déterminée.

Où l'on se rend compte que le cessez-le-feu ainsi négocié est finalement fort limité. Pour ceux qui n'en seraient pas encore convaincus, il faut rappeler que les titulaires de droit ne doivent favoriser le bénéfice effectif des exceptions mentionnées que pour les œuvres et autres objets protégés qui ne sont pas mis à la disposition du public selon des dispositions contractuelles convenues entre les parties, ce qui exclut du régime de sauvegarde la plupart des mises en circulation d'œuvres sur Internet. La directive imposait néanmoins une telle limitation que l'on retrouve désormais à l'article L. 331-10 du CPI.

## 3° Le rôle de l'Autorité de régulation des mesures techniques

9 - L'Autorité de régulation des mesures techniques établie par la loi de transposition entrera en action dans la mesure où l'initiative

3. Le considérant 51 de la directive prévoit toutefois que les mesures volontaires prises par les titulaires de droit doivent « permettre d'atteindre les objectifs visés par [les] exceptions », ce qui rejoint l'impératif de bénéfice effectif apparaissant dans la disposition mentionnée du CPI.

4. Le régime de sauvegarde est toutefois suspendu à la date d'entrée en vigueur de cette exception, soit au 1<sup>er</sup> janvier 2009.

5. L'exception couvre également les actes de reproduction permettant la consultation de l'œuvre sur place.

6. S. Dusollier, L'utilisation légitime de l'œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur ? : *Comm. com. électr.* 2005, étude 38.

7. *Cons. const.*, 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, pt 51 : JO 3 août 2006, p. 11541.

laissée aux titulaires de droit d'apaiser les tensions entre dispositifs techniques et exceptions ne sera pas couronnée de succès soit par carence des ayants droit soit par insuffisance ou inadéquation des mesures qu'ils auraient mises en œuvre.

La composition et le fonctionnement de cette nouvelle institution de la propriété intellectuelle sont définis aux articles L. 331-15 à L. 331-21. Un décret adopté en Conseil d'État devra encore préciser certaines règles particulières de procédure. La principale mission de l'ARMT est d'assurer une veille dans les domaines des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et prestations protégées, ce qui inclut certainement une fonction de recommandation quant aux adaptations législatives qui seraient rendues nécessaires par le développement des défenses techniques du droit d'auteur. Outre cette fonction générale de veille, son champ d'intervention se partage entre garantie de l'interopérabilité des mesures techniques<sup>8</sup> et préservation des exceptions mentionnées ci-avant.

10 - Une lecture par trop rapide des nouvelles dispositions du CPI pourrait faire penser que le pouvoir d'intervention de l'Autorité, à défaut d'initiative appropriée des titulaires de droit, ne se réalise que sur plainte d'un utilisateur frustré du bénéfice d'une exception concernée. L'article L. 331-8 du CPI confie néanmoins à l'ARMT le soin de déterminer les modalités d'exercice des exceptions visées, ce qui comprend notamment la fixation d'un nombre minimal de copies autorisées. L'ARMT dispose donc d'un véritable pouvoir de régulation sur les dispositifs techniques présents sur le marché français. La garantie des exceptions figurant dans la liste privilégiée s'effectuera par deux modes : soit l'ARMT se saisit d'office et prend l'initiative du contrôle des systèmes de protection, soit elle réagit à une demande d'un bénéficiaire d'une exception, qui considère que le verrou technique le prive du plein exercice de celle-ci.

11 - Dans cette deuxième hypothèse, la saisine de l'ARMT est ouverte aux bénéficiaires des exceptions concernées ainsi qu'aux personnes morales agréées représentant ces derniers. De simples utilisateurs, bénéficiaires de l'exception de copie privée, pourront donc invoquer une entrave à leur liberté de copier devant l'Autorité de régulation, alors qu'ils ne disposent pas d'un tel recours en matière d'interopérabilité.

La décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 suscite toutefois la perplexité sur ce point. En rejetant la demande d'élargir la saisine de l'Autorité aux simples utilisateurs des œuvres en matière d'interopérabilité, le Conseil constate que l'absence d'un recours pour interopérabilité au bénéfice des utilisateurs ne porte « pas atteinte au droit au recours des consommateurs, des associations qui les représentent ou des titulaires de droits de propriété intellectuelle ; qu'ils pourront en effet exercer les actions nécessaires à la défense de leurs intérêts devant les juridictions compétentes »<sup>9</sup>. Il y a de quoi s'interroger sur la portée de cette déclaration. Si le Conseil admet que les cours et tribunaux pourront accueillir les actions des consommateurs et des associations qui les représentent sur base de la défense de leur intérêt légitime à l'interopérabilité des formats et supports de distribution des œuvres, une telle possibilité n'est-elle pas également ouverte aux bénéficiaires d'exceptions non reprises dans la liste de faveur ? Ne s'agit-il pas également d'intérêts légitimes dont les tribunaux peuvent avoir connaissance ? Et qu'en est-il des exceptions justifiant la compétence de l'ARMT ? Celle-ci est-elle exclusive de tout recours judiciaire ?

12 - L'Autorité doit favoriser une solution de conciliation mais dispose de moyens plus coercitifs, en cas d'échec de la conciliation, puisque le bien fondé de la demande peut aboutir à une injonction de garantir le bénéfice de l'exception en cause, sous peine d'astreinte.

Le système français a l'avantage, en comparaison des procédures judiciaires, de concentrer les conflits au sein d'un seul organisme, ainsi que de permettre une intervention préventive et générale, ce qui confère à l'intervention de cet organisme un véritable caractère régulateur, seul à même, à mon avis, de réfréner l'appétit des dispositifs techniques. Encore faudra-t-il juger ce pouvoir à l'œuvre et la mesure dans laquelle l'Autorité pourra réellement remettre l'équilibre du droit d'auteur au centre de la sécurisation numérique des œuvres. La diversité et le manque d'harmonisation entre les solutions adoptées par les différents États membres pour respecter le prescrit de l'article 6, 4 ne manquera certainement pas

8. É. A. Caprioli, Mesures techniques de protection et d'information des droits d'auteur : *Comm. com. électr.* 2006, étude 30.

9. *Cons. const.*, 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *préc.*, pt 44.

de poser des difficultés dans un marché des biens culturels qui est somme toute européen.

## C. - Les autres dispositions protégeant les utilisateurs

### 1° Les protections empruntées au droit commun

13 - Le législateur français ne s'est pas contenté de protéger les intérêts des utilisateurs et bénéficiaires d'exceptions dans les (étroites) limites de ce que lui permettait l'article 6, 4 de la directive. Outre la prise en compte de l'exigence d'interopérabilité, les nouvelles dispositions du CPI codifient également la jurisprudence antérieure qui, d'une part, imposait une information du consommateur sur les restrictions d'utilisation suscitées par l'opération d'un dispositif de protection<sup>10</sup>, et d'autre part, garantissait une utilisation normale du support, par le biais de la doctrine des vices cachés<sup>11</sup>.

Quant à l'information du consommateur, l'article L. 331-12 impose que les « conditions d'accès à la lecture d'une œuvre, d'un vidéogramme, d'un programme<sup>12</sup> ou d'un phonogramme et les limitations susceptibles d'être apportées au bénéfice de l'exception de copie privée (...) par la mise en œuvre d'une mesure technique de protection [soient] portées à la connaissance de l'utilisateur », selon des modalités qui devront être précisées par un décret en Conseil d'État (CPI, art. L. 331-16 *in fine*).

14 - Par ailleurs, l'article L. 331-5, alinéa 6, que nous avons déjà évoqué, requiert que les mesures techniques respectent le « libre usage de l'œuvre », qu'il faut comprendre, après lecture des travaux préparatoires, comme la nécessité de garantir une utilisation normale de l'œuvre, sans qu'il soit besoin de recourir à la doctrine des vices cachés. L'article L. 331-6 renchérit dans cette garantie de lisibilité des supports techniquement protégés en confiant à l'ARMT le soin de veiller à ce que les mesures techniques n'entraînent pas « dans l'utilisation d'une œuvre des limitations supplémentaires et indépendantes de celles expressément décidées par le titulaire d'un droit d'auteur (...) ». Cette précision résulte essentiellement de l'incompatibilité mutuelle ou de l'incapacité d'interopérer des mesures techniques. Mais il faut probablement y lire un programme plus général visant à assurer aux utilisateurs une utilisation normale des œuvres.

15 - Que ce soit pour l'information du consommateur ou la garantie d'une utilisation normale, il faut quand même signaler qu'il s'agit de deux logiques *a priori* hétérogènes à la protection de l'œuvre immatérielle, logiques provenant du droit de la vente et du droit de la consommation qui tous deux ont davantage pour objet le support matériel de l'œuvre. Ce qui tend une fois de plus à démontrer combien les mesures techniques introduisent des corps étrangers dans la propriété littéraire et artistique<sup>13</sup>.

### 2° Copie privée et services de télévision

16 - Une autre innovation du législateur par rapport à la directive est de transposer le principe de la garantie de l'exception de copie privée à la diffusion télévisuelle. Les éditeurs et distributeurs de télévision sont priés de ne pas mettre en place de dispositifs qui priveraient le public de la possibilité de réaliser des copies privées. De tels systèmes sont en effet en cours de développement pour les services de télédiffusion numérique. L'autorité responsable du respect de cette disposition n'est pas l'ARMT mais le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Le CPI réfère à la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication quant aux conditions de l'intervention de cet organisme.

## II. - LES EXCEPTIONS FACE À LA PROTECTION JURIDIQUE DES MESURES TECHNIQUES

17 - Le conflit entre exceptions au droit d'auteur et protection technique de ce dernier peut également se déclencher au niveau

de la troisième couche de protection du droit d'auteur, soit lors de la mise en œuvre de la protection légale des mesures techniques ou dispositions anti-contournement.

L'acte normalement interdit de contournement ou de mise en circulation de dispositifs de contournement devient-il légitime s'il est accompli dans le but de bénéficier d'une exception au droit d'auteur ? L'interdiction européenne tant de l'acte de contournement que des actes préparatoires à ce dernier, ne souffre en principe d'aucune limitation basée sur les exceptions au droit d'auteur. Selon la directive DADVSI, l'acte de contournement est donc illicite en tant que tel, quel que soit son but et même s'il ne donne pas lieu à une violation du droit d'auteur, ce qui peut paraître excessif si l'on considère que la justification des dispositions anti-contournement ne se fonde que sur la nécessité de protéger les droits de l'auteur. On peut mieux comprendre que la prohibition du commerce d'équipements soit absolue, même si l'argument contraire a parfois été avancé : les utilisateurs, ne disposant généralement pas des compétences techniques nécessaires pour désactiver le dispositif de protection, devraient, selon ce point de vue, pouvoir bénéficier de systèmes de neutralisation. Cependant, le possible succès des mesures mises en place par les titulaires de droit et par l'ARMT pour permettre le bénéfice effectif des exceptions devrait, à terme, enlever toute justification à cet argument.

18 - Les dispositions du CPI ne dérogent pas au principe de l'indifférence de l'exception sur les dispositions anti-contournement. Toutefois, une particularité de la transposition de la directive aboutit à nuancer cette réponse. En vertu de l'article L. 335-3-1, seul l'acte de contournement accompli sans l'appui d'un dispositif spécifique est sanctionné, ce qui immunise l'utilisateur profane qui userait d'un dispositif de contournement pour mettre à néant la protection technique intégrée à l'œuvre. Si l'objectif de ce contournement « assisté » est de bénéficier de la liberté d'utilisation que lui confère une exception légale, aucune sanction ne sera encourue par l'utilisateur, non du fait de l'exception toutefois, mais uniquement parce que son contournement s'appuie sur un dispositif existant. Encore faut-il toutefois que l'utilisateur ait accès à des tels dispositifs, ce qui ne devrait en théorie plus être possible en raison de l'interdiction de l'offre de ces équipements au public.

## III. - LES EXCEPTIONS SPÉCIFIQUES À LA PROTECTION JURIDIQUE DES MESURES TECHNIQUES

19 - La directive européenne autorise dans un considérant les actes de contournement des mesures techniques à des fins de recherche en matière de cryptographie<sup>14</sup>, ainsi qu'afin de permettre la décompilation et l'étude des programmes d'ordinateur<sup>15</sup>. L'article L. 335-3-1 répond à la première préoccupation en excluant du champ de l'interdiction du contournement, les actes accomplis à des fins de recherche, ce que le Conseil constitutionnel a circonscrit à la recherche en cryptographie, conformément au texte européen transposé<sup>16</sup>.

L'article L. 331-5 mentionne l'exception de décompilation du programme d'ordinateur ce qui implique que lorsqu'une telle décompilation a pour objet un programme d'ordinateur, constitutif d'une mesure technique de protection, cette décompilation ne pourra pas être considérée comme un acte de contournement répréhensible si elle reste dans les limites de l'article L. 122-6-1 du CPI.

En outre, les actes de contournement accomplis à des fins de sécurité informatique permettront d'échapper à l'interdiction des actes de contournement et de la distribution d'équipements permettant ce contournement (CPI, art. L. 335-3-1, III).

Les exceptions en faveur de la recherche en cryptographie et de la sécurité informatique, s'appliquent également à l'interdiction relative à l'information sur le régime des droits visée à l'article L. 335-3-2, IV.

20 - Il faut rappeler, pour être complet, que le législateur avait souhaité également que les actes de contournement accomplis afin de permettre l'interopérabilité des dispositifs de protection, soient légitimes. La censure du Conseil constitutionnel a été impitoyable sur ce point, au motif que l'absence d'une définition

10. TGI Nanterre, 6<sup>e</sup> ch., 24 juin 2003, CLCV c/ SA Emi Music : Juris-Data n° 2003-215496 ; Comm. com. électr. 2003, comm. 86, note Ph. Stoffel-Munck. — CA Versailles, 15 avr. 2005, Marc c/ SA Emi Music France : Juris-Data n° 2005-268185 ; <http://www.juriscor.net>.

11. TGI Nanterre, 6<sup>e</sup> ch., 2 sept. 2003, Françoise M. c/ Emi France, Auchan France : Juris-Data n° 2003-219484 ; Comm. com. électr. 2003, comm. 108. — TGI Paris, 4<sup>e</sup> ch., 2<sup>e</sup> sect., 2 oct. 2003, Assoc. CLCV c/ BMG France : <http://www.legalis.net>.

12. Il est intéressant de noter que cette information concerne également les programmes d'ordinateur qui ne sont normalement pas concernés par les nouvelles dispositions du CPI relatives aux mesures techniques.

13. Sur ce point, V. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique — Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres* : Bruxelles, Larcier, 2005, p. 406-408.

14. PE et Cons. UE, dir. n° 2001/29/CE, 22 mai 2001, consid. 48 *in fine* : JOCE n° L 167, 22 juin 2001, p. 10.

15. PE et Cons. UE, dir. n° 2001/29/CE, 22 mai 2001, préc., consid. 50 *in fine*.

16. Cons. const., 27 juill. 2006, préc., pt 62.

claire de la notion d'interopérabilité, base d'une cause d'exonération de responsabilité pénale, violait le principe de la légalité des délits et des peines<sup>17</sup>.

## IV. - LE TEST DES TROIS ÉTAPES ET LES MESURES TECHNIQUES

21 - Le test des trois étapes constitue le cadre de légitimité des exceptions que soit le législateur, soit le juge, selon les interprétations du test, doit prendre en compte lorsqu'il adopte ou applique des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins. Le rôle du triple test s'arrête là en principe. Le Conseil constitutionnel va pourtant plus loin, confirmant une étonnante application du test par la Cour de cassation en février 2006<sup>18</sup>. Dans cet arrêt de la Cour de cassation, le triple test semblait être utilisé pour déterminer la légitimité des mesures techniques à contrecarrer le bénéfice de la copie privée, dans la mesure où les nécessités de l'exploitation normale des œuvres dans un environnement numérique justifiaient toute entrave aux exceptions, sorte de dommage collatéral regrettable mais nécessaire du déploiement des systèmes de gestion des droits.

Le Conseil constitutionnel réitère cette quasi-absolution des mesures techniques par la grâce du test des trois étapes en admettant que « les dispositions relatives aux mesures techniques devront être entendues comme n'interdisant pas aux auteurs ou aux titulaires de droits voisins de recourir à des mesures techniques de protection limitant le bénéfice de l'exception à une copie unique, voire faisant obstacle à toute copie, dans les cas particuliers où une telle solution serait commandée par la nécessité d'assurer l'exploitation normale de l'œuvre ou par celle de prévenir un préjudice injustifié à leurs intérêts légitimes ; qu'en effet, toute autre interprétation serait manifestement incompatible avec le respect du test en trois étapes »<sup>19</sup>.

22 - Une telle association entre le pouvoir technique reconnu aux titulaires de droits et le test des trois étapes ne coule cependant pas de source. La directive européenne mentionne certes le respect du test dans les mesures que doivent prendre les États pour garantir le bénéfice de la copie privée, en dépit de la

présence d'un mécanisme anti-copie. Mais cela ne signifie pas que les critères de l'exploitation normale de l'œuvre et d'absence de préjudice aux intérêts de l'auteur doivent déterminer l'étendue des droits exclusifs et des prérogatives basées sur le fait technique. En pratique, bien entendu, ces deux critères suppriment la possibilité d'une exception permettant donc à l'exercice des droits de s'étendre. Dans une perspective théorique toutefois, il me semble dangereux d'user du test des trois étapes à rebours, ou de renverser son application, en le faisant passer d'un outil de définition des limites externes ou négatives des exceptions, à un mécanisme de détermination positive de l'ampleur du pouvoir technique dont dispose le titulaire de droit d'auteur, pouvoir qui pourrait s'étendre au-delà des droits exclusifs<sup>20</sup>.

La définition très large que la Cour de cassation a donnée de l'exploitation normale dans l'arrêt cité, elle-même confortée par la décision du Conseil constitutionnel<sup>21</sup>, pourrait faire d'un tel test inversé une arme disproportionnée et un blanc-seing pour les dispositifs techniques de protection des œuvres.

## V. - CONCLUSION

23 - Le Code de la propriété intellectuelle « relooké » par le processus de transposition n'apporte que des solutions partielles à la question de l'interface entre mesures techniques et exceptions au droit d'auteur, solutions dont la lisibilité et la cohérence ont souffert en outre des remous politiques et médiatiques ayant entouré l'adoption des nouvelles dispositions. Si certains ont pu écrire, à propos des dispositions de la directive européenne sur les mesures techniques, qu'un peu de clarté était désespérément recherchée<sup>22</sup>, il n'est pas sûr que leur vœu ait été exaucé par la transposition de la directive.

Le travail de défrichage est maintenant du ressort de l'Autorité de régulation des mesures techniques, dont le mérite (et la curiosité) est de pouvoir intervenir dans le champ de l'exercice du droit d'auteur afin de préserver les libertés des utilisateurs, ce qui confère aux exceptions une valeur positive dont il faudra suivre la portée et le développement. ■

Mots-Clés : Droit d'auteur - L. n° 2006-961, 1<sup>er</sup> août 2006 - Mesures techniques de protection

17. Cons. const., 27 juill. 2006, préc., pt 59 à 61.

18. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 févr. 2006, n° 05-15.824 et 05-16.002, SA Studio Canal c/ Perquin : Juris-Data n° 2006-032368 ; Comm. com. électr. 2006, comm. 56. — V. également sur ce point, S. Dusollier, *Le dernier tournant de l'affaire Mulholland Drive : Auteurs et médias* 2006, p. 177.

19. Cons. const., 27 juill. 2006, préc., pt 37.

20. C. Geiger, *La transposition du test des trois étapes en droit français* : D. 2006, p. 2166.

21. Cons. const., 27 juill. 2006, préc., pt 34 (reconnaissant la légitimité de l'application du test par le juge).

22. G. Vercken, *La protection des dispositifs techniques. Recherche clarté désespérément : à propos de l'article 6, 4 de la directive du 22 mai 2001* : Propr. intell. 2002, n° 2, p. 52 à 57.